Tribunal administratif N° 31612 du rôle
du Grand-Duché de Luxembourg Inscrit le 31 octobre 2012
2e chambre

Audience publique du 13 janvier 2014

Recours formé par
les sociétés à responsabilité limitée ... S.àr.l. et ... S.àr.l., …
contre une décision du directeur de l'administration des Contributions directes
en matière d'impôts

JUGEMENT

Vu la requête, inscrite sous le numéro 31612 du rôle, déposée le 31 octobre 2012 au greffe du tribunal administratif par Maître Jean Schaffner, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de 1) la société à responsabilité limitée ... S.àr.l. établie et ayant son siège social à L- … , inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro…, représentée par ses gérants actuellement en fonctions, et 2) la société à responsabilité limitée ... S.àr.l. établie et ayant son siège social à L- … , inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro… , représentée par ses gérants actuellement en fonctions, tendant à la réformation d'une décision du directeur de l'administration des Contributions directes du 3 août 2012, répertoriée sous les numéros C 16990 et C 16991 du rôle, ayant rejeté comme non fondées des réclamations introduites le 30 août 2011 contre les bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités, de l'impôt commercial communal et de la base d'assiette de l'impôt commercial communal en ce qui concerne la société à responsabilité limitée ... S.àr.l. de l'année 2006, émis le 1er juin 2011, les bulletins rectificatifs de l'impôt sur le revenu des collectivités, de l'impôt commercial communal et de la base d'assiette de l'impôt commercial communal en ce qui concerne la société à responsabilité limitée ... S.àr.l. de l'année 2006, émis le 6 juillet 2011, les bulletins rectificatifs de l'impôt sur le revenu des collectivités, de l'impôt commercial communal et de la base d'assiette de l'impôt commercial communal en ce qui concerne la société à responsabilité limitée ... S.àr.l. de l'année 2006, émis le 20 juillet 2011, les bulletins rectificatifs de l'impôt sur le revenu des collectivités, de l'impôt commercial communal et de la base d'assiette de l'impôt commercial communal en ce qui concerne la société à responsabilité limitée ... S.àr.l. de l'année 2006, émis le 1er juin 2011, et les bulletins rectificatifs de l'impôt sur le revenu des collectivités, de l'impôt commercial communal et de la base d'assiette de l'impôt commercial communal en ce qui concerne la société à responsabilité limitée ... S.àr.l. de l'année 2006, émis le 6 juillet 2011 ;

Vu le mémoire en réponse du délégué du gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 31 janvier 2013 ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe du tribunal administratif le 27 février 2013 par Maître Jean Schaffner au nom des sociétés à responsabilité limitée ... S.àr.l. et ... S.àr.l. ;

Vu le mémoire en duplique du délégué du gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 27 mars 2013 ;

Vu les pièces versées en cause et notamment la décision entreprise ;

Le juge-rapporteur entendu en son rapport, ainsi que Maître Jean Schaffner, et Madame le délégué du gouvernement Betty Sandt en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 25 novembre 2013.

La société à responsabilité limitée ... S.àr.l., désignée ci-après par « la société ... », ainsi que la société à responsabilité limitée ... S.àr.l., désignée ci-après par « la société ... », la société anonyme ... S.A., désignée ci-après par « la société ... » et la société anonyme ... S.A., désigné ci-après par « la société ... », bénéficient du régime de l'intégration fiscale au sens de l'article 164 bis de la loi modifiée du 4 décembre 1997 concernant l'impôt sur le revenu, désignée ci-après par la « LIR ». Préalablement au 1er août 2006, la société ..., en tant que société faîtière, détenait la majorité des parts dans le capital social de la société ..., cette dernière ayant détenu la majorité des parts dans le capital social de la société ..., respectivement de la société ....

Le 31 juillet 2006, les actionnaires de la société ..., dont l'actionnaire majoritaire, à savoir la société ..., procédèrent à une augmentation de capital de ... euros pour porter ce dernier à ... euros. La société ... souscrivit intégralement l'augmentation de capital de ... euros.

Le lendemain, soit, le 1er août 2006, la société ... céda ses parts dans le capital social de la société ... à la société ... au prix de un (1) euro. Suite à cette cession, la société ... entendit procéder, concernant l'année 2006, à une déduction fiscale d'une perte, ce que l'administration des Contributions directes refusa.

Ainsi, le 1er juin 2011, le bureau d'imposition société 1 d'Esch-sur-Alzette de l'administration des Contributions directes, désigné ci-après par « le bureau d'imposition », émit à l'égard de la société ... le bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités de l'année 2006, le bulletin de la base d'assiette de l'impôt commercial communal de l'année 2006 ainsi que le bulletin de l'impôt commercial communal de l'année 2006. Le 6 juillet 2011, le bureau d'imposition émit à l'égard de la société ... un bulletin rectifié de l'impôt sur le revenu des collectivités de l'année 2006, un bulletin rectifié de la base d'assiette de l'impôt commercial communal de l'année 2006 ainsi qu'un bulletin rectifié de l'impôt commercial communal de l'année 2006. Le 20 juillet 2011, le bureau d'imposition émit de nouveau à l'égard de la société ... un bulletin rectifié de l'impôt sur le revenu des collectivités de l'année 2006, un bulletin rectifié de la

base d'assiette de l'impôt commercial communal de l'année 2006 ainsi qu'un bulletin rectifié de l'impôt commercial communal de l'année 2006.

Parallèlement, le bureau d'imposition émit en date du 1er juin 2011 à l'égard de la société ... le bulletin de l'impôt sur le revenu des collectivités de l'année 2006, ainsi que le bulletin de l'impôt commercial communal de l'année 2006. En date du 6 juillet 2011, le bureau d'imposition émit à l'égard de la société ... un bulletin rectifié de l'impôt sur le revenu des collectivités de l'année 2006 ainsi qu'un bulletin rectifié de l'impôt commercial communal de l'année 2006.

Tout comme le bulletin initial de l'impôt sur le revenu des collectivités concernant l'année 2006, émis en date du 1er juin 2011, le bulletin rectifié de l'impôt sur le revenu des collectivités concernant l'année 2006, émis le 6 juillet 2011 à l'égard de la société ..., retint une « *perte sur vente de participation inadmissible* » d'un montant de ... euros. Le bulletin initial indiqua à cet égard : « *Les arguments présentés lors des réunions du 11.02/ 07.04/ 03.05.2011 et les documents produits ne justifient pas la déduction de la perte sur vente de participation.* ».

Par courrier de leur mandataire du 29 août 2011, réceptionné par l'administration des Contributions directes le 30 août 2011, les sociétés ... et ... firent introduire une réclamation auprès du directeur de l'administration des Contributions directes, désigné ci-après par « le directeur », à l'encontre de l'ensemble des bulletins de l'impôt précités, émis les 1er juin, 6 juillet, respectivement 20 juillet 2011 tant à l'égard de la société ... qu'à l'égard de la société ..., en contestant « *essentiellement le refus par le bureau d'imposition Sociétés 1 de prendre en compte la perte subie par ... à hauteur de ... (sur un total de ...) et son incidence sur le montant de l'assiette imposable consolidée (par voie d'intégration fiscale) de ....* ».

Par décision du 3 août 2012, répertoriée sous les numéros C 16990 et C 16991 du rôle, le directeur déclara les réclamations introduites par les sociétés ... et ... non fondées et les rejeta. Ladite décision est fondée sur les considérations et motifs suivants :

« *Vu la requête introduite (n° C 16690) le 30 août 2011 par Me Jean Schaffner au nom de la société à responsabilité limitée ..., avec siège social à L-..., pour réclamer contre :*

- *les bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités et de la base d'assiette de l'impôt commercial communal de l'année 2006, émis le 1er juin 2011 ;*
- *les bulletins rectificatifs de l'impôt sur le revenu des collectivités et de la base d'assiette de l'impôt commercial communal de l'année 2006, émis le 6 juillet 2011 ;*
- *les bulletins rectificatifs de l'impôt sur le revenu des collectivités et de la base d'assiette de l'impôt commercial communal de l'année 2006, émis le 20 juillet 2011 ;*

Vu la requête introduite (n° C 16991) le 30 août 2011 par Me Jean Schaffner au nom de la société à responsabilité limitée ..., avec siège social à L-..., pour réclamer contre :

- *les bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités et de la base d'assiette de l'impôt commercial communal de l'année 2006, émis le 1er juin 2011 ;*
- *les bulletins rectificatifs de l'impôt sur le revenu des collectivités et de le base d'assiette de l'impôt commercial communal de l'année 2006, émis le 6 juillet 2011 ;*

Vu le dossier fiscal ;

Vu les paragraphes 228, 234 et 301 de la loi générale des impôts (AO) ;

Considérant que les réclamations portent sur le refus d'avoir pris en compte une perte subie par la société ... ;

QUANT À LA FORME

En ce qui concerne la jonction des réclamations

Considérant qu'il ressort du dossier fiscal de la société à responsabilité limitée ... que celle-ci, ensemble avec 14 autres sociétés résidentes, entre autres avec la société anonyme ... et la société à responsabilité limitée ..., sont intégrées fiscalement au sens de l'article 164bis L.I.R. ;

Considérant qu'aux termes de l'article 164bis L.I.R., « les sociétés de capitaux résidentes pleinement imposables, dont 95% au moins du capital est détenu directement ou indirectement par une autre société de capitaux résidente pleinement imposable ou par un établissement stable indigène d'une société de capitaux non résidente pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités, peuvent, sur demande, être intégrées fiscalement dans la société mère ou dans l'établissement stable indigène, de façon à faire masse de leurs résultats fiscaux respectifs avec celui de la société mère ou de l'établissement stable indigène » ;

Considérant que la circulaire L.I.R. n° 164bis/1 du 27 septembre 2004 retient que le régime d'intégration fiscale ne vise pas à instaurer une base légale pour l'imposition du résultat consolidé au sens propre d'un groupe de sociétés, mais se limite à permettre aux sociétés intéressées de regrouper ou de compenser leurs résultats fiscaux pendant la période d'application du régime d'intégration fiscale ;

Considérant que les résultats fiscaux des sociétés filiales admises au régime d'intégration fiscale, dont le résultat fiscal de la société à responsabilité limitée ... (société filiale), sont ajoutés au résultat fiscal de la société faîtière, en l'occurrence de la société à responsabilité limitée ... (société faîtière) ;

Considérant qu'aux termes de l'alinéa 4 de l'article 1 du règlement grand-ducal du 1er juillet 1981 portant exécution de l'article 164bis L.I.R., la société mère (faîtière) est passible de l'impôt sur le revenu des collectivités correspondant au revenu imposable du groupe établi ;

Considérant qu'en l'espèce, le résultat fiscal de la société filiale a été augmenté d'un montant de ... euros par le bureau d'imposition ;

que ce résultat fiscal a été rajouté au résultat fiscal de la société faîtière qui est seule assujettie à l'impôt sur le revenu des collectivités et à l'impôt commercial communal au titre de l'année litigieuse ;

Considérant que les requêtes ayant des objets communs, il y a lieu de les joindre pour y statuer par une seule et même décision ;

En ce qui concerne la portée des réclamations

Considérant que les bulletins originaires, émis en date du 1er juin 2011, n'avaient pas encore acquis force de chose décidée dans la mesure où les bulletins rectificatifs ont été émis dans le délai dans lequel une réclamation aurait pu être adressée au directeur ;

qu'en conséquence les réclamations interjetées contre les bulletins rectificatifs remettent en question les impositions dans leur intégralité, conformément au paragraphe 243 AO, sans que la limitation résultant du paragraphe 234 AO ne soit à prendre en considération ;

Considérant qu'en vertu du § 243 AO, une réclamation régulièrement introduite déclenche d'office un réexamen intégral de la cause, sans égard aux conclusions et moyens des réclamants, la loi d'impôt étant d'ordre public ;

qu'à cet égard le contrôle de la légalité externe de l'acte doit précéder celui du bien-fondé ;

qu'en l'espèce la forme suivie par le bureau d'imposition ne prête pas à critique ;

Considérant qu'il échet de constater que les moyens à l'appui du recours visent à modifier les bases d'imposition retenues dans les bulletins du 1er juin 2011, du 6 juillet 2011 et du 20 juillet 2011, i.e. le refus de la déduction d'une perte de ... euros ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les réclamations ont été introduites dans les forme et délai de la loi ; qu'elles sont partant recevables ;

QUANT AU FOND

Considérant qu'en établissant les bases d'imposition de l'année 2006, le bureau d'imposition a refusé d'admettre en déduction du revenu imposable une perte sur la cession d'une participation d'un montant de ... euros dans le chef de la société filiale ;

Considérant que la société filiale détient 99,9999% du capital social de la société anonyme ... soit 1.210.165 actions ;

Considérant que la société anonyme ... a entre autres pour objet la production et la fabrication de verre, l'achat et la vente de produits chimiques et de matières premières utilisées pour la production de verre ;

qu'elle est spécialisée dans la production de « coated glass » ;

Considérant qu'en date du 31 juillet 2006, les actionnaires de la société anonyme ... ont procédé à une augmentation de capital de ... euros pour porter son capital actuel de ... euros à ... euros (...actions d'une valeur nominale de ... euros par action) ;

que l'actionnaire majoritaire, i.e. la société filiale, a souscrit intégralement l'augmentation de capital de ... euros ;

Considérant qu'en date du 1er août 2006, la société filiale a vendu sa participation dans la société anonyme ... à une autre société du groupe ..., dénommée ... S.A. au prix de 1 euro ;

Considérant que la société filiale a fait valoir une perte de cession au cours de l'année d'imposition 2006 dégagée comme suit :

01.01.2006	*Participation de ... dans le capital de ...* *(capital de ... action)*	...
31.07.2006	*Augmentation de capital souscrite intégralement par ...*	+...
31.07.2006	*Valeur nominale de la participation ...*	...
01.08.2006	*Prix de cession*	-...
	Perte sur cession participation ...	-...

Considérant qu'il résulte du dossier fiscal et d'une publication au Mémorial C (n° 1027 du 1er juin 2007) que les sociétés anonymes ... et ... ont fusionné avec prise d'effet au 1er avril 2007 ;

Considérant que les réclamantes font valoir que le prix de vente de la participation dans la société ... aurait été basé sur une évaluation selon la méthode « discounted cash flow » reconnue et admise par les administrations fiscales française, allemande et suisse ;

que cette méthode consisterait dans le calcul, par actualisation, de « la valeur actuelle nette des flux de trésorerie futurs attendus d'une activité » ;

Considérant qu'en matière fiscale, les sociétés membres d'un groupe doivent être considérées comme agissant entre elles sur un marché de pleine concurrence (normes OCDE) ;

qu'à l'époque du transfert de la participation à l'intérieur du groupe ..., le prix de cession a donc dû être conforme suivant le principe de la pleine concurrence aux prix convenus dans des conditions similaires entre tiers ;

Considérant qu'en matière de l'application du régime d'intégration fiscale, les sociétés intégrées fiscalement sont obligées de se conformer au principe de la pleine concurrence pendant toute la durée d'application du régime ;

Considérant que l'article 164 L.I.R. confirme le principe de pleine concurrence dans son alinéa 3 : « Il y a distribution cachée de bénéfices notamment si un associé, sociétaire ou intéressé reçoit directement ou indirectement des avantages d'une société ou d'une association dont normalement il n'aurait pas bénéficié s'il n'avait pas eu cette qualité » ;

Considérant que la disposition de l'article 164 alinéa 3 L.I.R. est l'application du principe suivant lequel il y a lieu, pour les besoins du fisc, de restituer aux actes leur véritable caractère et doit partant s'interpréter en fonction de cette finalité (Conseil d'État du 13 janvier 1987, no 6690 du rôle, décision C 9679) ;

Considérant que tant les distributions ouvertes que les distributions cachées de bénéfices sont à comprendre dans le revenu imposable d'une société ;

Considérant qu'il y a lieu d'analyser en l'espèce si le prix de cession est conforme au principe de pleine concurrence ;

Considérant qu'aux termes de l'article 27 alinéa 2 L.I.R., la valeur estimée de réalisation correspond au prix qui s'obtiendrait lors d'une aliénation normale et librement consentie du bien envisagé, compte tenu de toutes les circonstances et conditions se répercutant sur le prix, à l'exception toutefois des circonstances et conditions anormales ou personnelles ;

Considérant en outre que le paragraphe 10 de la loi sur l'évaluation des biens et valeurs (BewG) définit également la valeur estimée de réalisation (« gemeiner Wert ») comme le prix qui serait obtenu en cas de vente dans la pratique commerciale courante d'après la consistance du bien économique envisagé ; qu'il doit être tenu compte de toutes les circonstances qui influent sur le prix et que les circonstances anormales ou personnelles ne doivent pas être prises en considération ;

Considérant que tant la loi concernant l'impôt sur le revenu que la loi sur l'évaluation des biens et valeurs retiennent dans leurs définitions de la valeur estimée de réalisation que les circonstances anormales ou personnelles ne doivent pas influencer le prix de vente ;

qu'en l'espèce, l'avantage dont a bénéficié la société ... en acquérant à un prix symbolique une participation dans le capital social d'une société sœur de sa société mère, tire son origine de la relation particulière entre actionnaire et société ;

Considérant que les relations entre une société et les actionnaires/associés doivent se nouer comme entre tiers ;

qu'en l'occurrence, même si les réclamantes font valoir que la société filiale a dû procéder « à un assainissement de sa filiale en recapitalisant ... à hauteur de EUR ... afin de ramener au moins à zéro sa valeur de marché », il n'en reste pas moins que la participation dans la société anonyme ... n'aurait pas été vendue pour le prix symbolique d'un euro à un tiers indépendant ;

Considérant encore qu'en vertu de l'article 23 alinéa 3 L.I.R., les participations sont à évaluer au prix d'acquisition ou de revient ;

que lorsque la valeur d'exploitation y est inférieure, l'évaluation doit se faire à cette valeur inférieure pour être conforme aux principes d'une comptabilité régulière (article 23 alinéa 1 er L.I.R.) ;

Considérant que les comptes annuels de la société anonyme ... font ressortir des fonds propres de 34.160.438 euros au 31 décembre 2005 et de ... euros au 31 décembre 2006 ;

Considérant qu'en l'occurrence, la valeur comptable au 1er janvier 2006 de la participation ... au bilan de la société filiale s'élève à ... euros ;

que la valeur comptable correspond à la valeur nominale de la participation et n'a pas fait l'objet d'une correction de valeur dans les comptes annuels de la société filiale ; qu'il n'est pas clair pourquoi la société filiale a vendu une participation un jour après l'augmentation de capital de quelque 22 millions d'euros à un prix « symbolique » d'un euro ;

Considérant en plus qu'il n'est pas clair pourquoi une société du groupe ... entend fusionner avec une autre société de ce groupe si cette dernière ne connaît que de perspectives de pertes pour les années à venir ;

Considérant que la société ... et la société ... sont liées par un contrat « cost plus » ;

que la société ... était responsable pour la commercialisation et la distribution du « coated glass » fabriqué par la société sœur ... spécialisée en cette production ;

Considérant que les réclamantes sont restées en défaut de fournir des explications concluantes afin d'élucider la vente de cette participation d'une valeur comptable de ... euros au 31 juillet 2006 à un prix symbolique d'un euro ;

Considérant que les réclamantes se bornent à verser une copie d'une « feuille de calcul » établissant la valeur de marché négative de la société ... selon la méthode « discounted cash flow » (annexe 3 de la requête introductive) ;

Considérant qu'en matière de détermination de prix de transferts sur un marché libre, une telle « feuille de calcul » ne saurait servir comme base d'évaluation concluante à un acheteur indépendant ;

Considérant que même si les groupes de sociétés sont en principe libres de recourir à la méthode d'évaluation la plus appropriée au cas d'espèce, il n'en reste pas moins que les méthodes d'évaluation utilisées doivent être établies par des experts indépendants et contenir une documentation détaillée quant à la méthode de calcul ;

Considérant que les réclamantes sont également restées en défaut de produire des preuves pour l'allégation qu'il aurait été impossible de trouver un acheteur indépendant pour la participation litigieuse ;

Considérant dès lors qu'aucun motif de la vente de ladite participation en-dessous de la valeur comptable de ... euros n'est apparent ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que c'est à bon droit que le bureau d'imposition n'a pas admis en déduction la perte sur cession d'un montant de ... euros ;

Considérant que pour le surplus, les impositions sont conformes à la loi et aux faits de le cause et ne sont d'ailleurs pas contestées ; (…) ».

Par requête déposée le 31 octobre 2012 au greffe du tribunal administratif, les sociétés ... et ... ont fait introduire un recours tendant à la réformation de la décision précitée du directeur du 3 août 2012.

Conformément aux dispositions combinées du paragraphe 228 de la loi générale des impôts du 22 mai 1931, appelée « *Abgabenordnung* », en abrégé « AO », et de

l'article 8 (3) 3. de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, le tribunal administratif est appelé à statuer comme juge du fond sur un recours introduit contre une décision du directeur ayant statué sur les mérites d'une réclamation contre des bulletins de l'impôt sur le revenu des collectivités et de l'impôt commercial communal. Le tribunal est partant compétent pour connaître du recours en réformation.

Le recours en réformation est par ailleurs recevable pour avoir été introduit dans les formes et délai de la loi.

Les moyens des sociétés demanderesses

A l'appui de leurs recours, les sociétés demanderesses reprochent au bureau d'imposition et au directeur d'avoir jugé trop faible le prix de cession de un euro encaissé par la société ... pour la vente de la société ... et d'avoir, par conséquent, refusé la déduction de la perte subie par la société ... d'un montant de ... euros, en raison de la cession la société ... .

Les sociétés demanderesses contestent en premier lieu que la cession de la société ... aurait dû être effectuée à la valeur comptable. Elles se fondent sur l'article 27 de la loi modifiée du 4 décembre 1997 concernant l'impôt sur le revenu, désignée ci-après par la « LIR », ainsi que sur les paragraphes 10 et 13 (2) de la loi d'évaluation des biens et des valeurs du 16 octobre 1934, communément désignée par « *Bewertungsgesetz* », en abrégé « BewG », pour affirmer que lorsqu'une société cède des participations dans des sociétés non cotées à d'autres sociétés du même groupe, ces participations devraient être cédées à la valeur estimée de réalisation, c'est-à-dire à la valeur de marché. Les demanderesses font valoir que malgré le fait que le Luxembourg n'ait pas mis en place de disposition législative spécifique en ce qui concerne la détermination des prix de transfert pour les activités intragroupe, le droit fiscal luxembourgeois imposerait expressément le principe de pleine concurrence aux transactions entre parties liées, duquel découlerait l'obligation de déterminer un prix de transfert correct. A cet égard, elles affirment que le Luxembourg, en sa qualité de pays membre de l'Organisation de Coopération et de Développements économiques, ci-après désignée par « l'OCDE », aurait expressément adhéré aux recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert, de sorte que les principes directeurs de l'OCDE en matière de prix de transfert auraient un effet contraignant à l'égard de l'administration fiscale luxembourgeoise et pourraient constituer une source d'interprétation importante en ce qui concerne l'évaluation des transactions intragroupe au Luxembourg. Par ailleurs, l'administration fiscale aurait émis la circulaire LIR n°164/2 du 28 janvier 2011 en matière de traitement fiscal des sociétés exerçant des transactions de financement intragroupe. Par cette circulaire, l'administration fiscale luxembourgeoise aurait reconnu expressément l'utilisation de prix de transfert afin de déterminer un prix de pleine concurrence applicable aux transactions entre parties liées. Cette circulaire préciserait que l'article 164, alinéa 3 LIR consacrerait le principe de pleine concurrence en droit interne. Ladite circulaire n'effectuerait à aucun moment de distinction entre transactions intragroupe purement nationales et transactions intragroupe transnationales et s'appliquerait donc *a fortiori* aux opérations de financement

intragroupe entre sociétés luxembourgeoises. Enfin, les sociétés demanderesses font valoir que le principe de pleine concurrence serait établi en droit fiscal luxembourgeois en différents endroits de la LIR, notamment à l'article 56, en matière d'ajustements fiscaux en cas de relations économiques particulières entre parties liées, et à l'article 164, al. 3 LIR, en matière de distribution cachée de dividendes. L'article 164, al. 3 LIR s'appliquerait, en effet, tant aux transactions intragroupe transnationales qu'aux transactions intragroupe purement nationales.

Les sociétés demanderesses concluent que le principe de pleine concurrence aurait donc vocation à s'appliquer aux transactions entre parties liées luxembourgeoises et il devrait d'autant également être observé entre sociétés intégrées fiscalement.

En l'espèce, le groupe ... aurait justement appliqué les règles de prix de transfert quant à l'évaluation de la société ... au moment de sa cession à la société ... par la société ..., de sorte que l'administration ne serait pas fondée à considérer que la participation dans la société ... devrait être cédée à la valeur comptable à l'intérieur du groupe ....

Ensuite, les sociétés demaderesses font valoir que la cession de la société ... au prix d'un euro serait tout à fait justifiée. Cette justification serait intrinsèquement liée aux circonstances de faits et à l'activité même de ....

Elles expliquent, à ce sujet, que la société ... serait une société industrielle, spécialisée dans la production de « *coated glass* » (« verre à couches »). Le domaine dans lequel la société ... travaillerait serait extrêmement technique et risqué. Ainsi, le produit tel que développé par ... n'aurait pas rencontré le succès escompté et sa commercialisation par sa société sœur ... se serait faite à perte.

Les sociétés demanderesses affirment que la société ... et la société ... auraient conclu en 2003 un contrat pour la production et la commercialisation de *coated glas*. Aux termes du contrat en vigueur à l'époque, la société ... aurait perçu une rémunération annuelle de la part de la société ..., calculée sur la base d'un *cost-plus*, en contrepartie de la production de ce produit. La société ... aurait été en charge de la commercialisation du produit. Cependant, cette commercialisation se serait avérée limitée du fait de la haute technicité et de la spécificité du produit. En outre, le marché n'aurait pas encore été « *mûr* » pour ce produit, de sorte que la commercialisation aurait été insuffisante au vu des capacités des lignes de production mises en place par la société .... Le groupe ... aurait rapidement réalisé que l'activité de verre à couches aurait été un modèle économique peu rentable à l'époque et sous cette constellation. Etant donné que la commercialisation du produit n'aurait pas été rentable, la société ... aurait dû supporter les charges et coûts de production résultant de la sous-exploitation des machines de la société .... D'un point de vue fiscal, le fait que les pertes et revenus soient réalisés par la société ... ou par la société ... n'importerait pas, puisque les deux sociétés feraient partie du même groupe intégré.

Les sociétés demanderesses expliquent encore que le contrat conclu entre les sociétés ... et ... aurait été renégocié afin de refléter la réalité économique de la production du verre à couches et les relations avec les tiers, et partant en laissant les coûts liés à

l'inefficacité ou la sous-exploitation des lignes de production à l'entité en charge de la gestion de cette production, à savoir la société .... La prise en compte de cette réalité économique aurait impliqué la réalisation de pertes au niveau de la société ... à partir de la même année. Les sociétés demanderesses font valoir à cet égard que la société ... aurait été artificiellement en bénéfice au cours des années précédentes puisque la société ... aurait supporté pendant cette période les coûts de sur-capacité.

Les sociétés demanderesses déduisent des explications qui précèdent qu'au moment de la cession, la société ... aurait été largement et structurellement en pertes en raison des pertes liées aux frais de production, de l'échec de son modèle économique et des lourds investissements matériels à supporter. Si ... avait été conservée en l'état en 2006 en tant que filiale de ..., elle aurait réalisé des pertes à partir de 2006 qui auraient été fiscalement déduites au niveau du groupe intégré. La déduction de la perte de cession ne serait donc pas choquante.

Quant à la cession de la société ... à une autre société du groupe les société demanderesses font valoir qu'au sein du groupe ..., chaque usine ou filiale serait gérée de manière individuelle par un responsable de production qui serait notamment responsable pour la réalisation de son propre bénéfice et du chiffre d'affaires. Les évaluations et rémunérations annuelles de ce responsable dépendent donc de ces résultats. L'intervention du responsable de la société ... aurait fondamentalement contribué au changement de modèle économique de la société .... Ce dernier aurait décelé les possibilités de synergie possibles entre la société ... et la société ... alors que celles-ci n'auraient pas été envisagées par les responsables de la société ... ou de la société .... Le nouveau responsable de la société ... aurait vu des opportunités de développement de l'activité *coated glass* et il aurait également pu s'appuyer sur cette nouvelle activité *coated glass* pour favoriser l'activité « verre plat » que la société ... aurait déjà exercé à l'époque, et ainsi profiter de ses progrès. Pour cette raison, le nouveau responsable de la société ... aurait accepté que cette-dernière reprenne partiellement les activités de ... en changeant, après cette acquisition, significativement le modèle d'entreprise de l'activité *coated glass*. Pour redresser l'activité, il aurait mis en place toute une série de mesures qui auraient permis de concrétiser cette volonté.

Les sociétés demanderesses concluent donc que l'esprit d'initiative et le flair d'un dirigeant du groupe ..., extérieur à la société ... et à la société ..., aurait permis le redressement de cette ligne de métier.

Les demanderesses ajoutent que les différentes mesures mises en place par le nouveau responsable de la société ... après l'acquisition de la société ... n'auraient pas été connues par la société ... au moment de la valorisation et de la cession de .... Enfin, elles affirment que la société ... en redressant par la suite la société ..., aurait contribué à la réalisation de profits ultérieurs au sein du groupe intégré, lesquels auraient été inclus dans la base imposable.

Quant à l'application concrète d'une méthode d'évaluation de la valeur de la société ..., les sociétés demanderesses estiment que l'évaluation des titres de la société ...

au moment de sa cession aurait dû se faire à la valeur de marché. La détermination de cette valeur de marché pourrait se faire par voie de comparaison avec des ventes de titres ou de parts de la société cédée ayant eu lieu peu de temps avant ou après la date clé de fixation. A défaut de ventes comparatives, le calcul de la valeur estimée de réalisation de ces actions ou parts sociales serait réalisé en fonction de la fortune totale et des perspectives de rendement de la société, selon les dispositions du paragraphe 13 (2) BewG. Cette disposition imposerait, lors de l'évaluation, la prise en compte cumulative des deux critères de la fortune totale et des perspectives de rendement de la société. Il résulterait de la combinaison des paragraphes 10 (2) et 13 (2) BewG que la valeur estimée de réalisation d'actions non cotées et pour lesquelles aucune opération récente de vente ne serait documentée devrait correspondre au prix qui pourrait être obtenu sur le marché en tenant compte de toutes les circonstances de nature à influer sur le prix et plus particulièrement de la fortune totale et des perspectives de rendement de la société. En l'espèce, et compte tenu de la technicité et de la particularité de l'activité exercée par la société ..., aucune vente similaire n'aurait eu lieu peu de temps avant la cession des titres de la société ....

Les sociétés demanderesses estiment qu'afin de déterminer la valeur de marché de la société ..., le groupe ... se serait donc efforcé d'appliquer une méthode utilisée et reconnue par tous afin de déterminer la véritable valeur de marché de .... Il aurait ainsi appliqué la méthode la plus répandue dans le domaine des finances, à savoir la méthode « *discounted cash flow* », dite DCF. En raison de discussions ultérieures, la société ... aurait vérifié son calcul en recourant à la méthode dite du « *Stuttgarter Verfahren* » qui serait également reconnue par la pratique administrative.

Ainsi, la méthode DCF, ou autrement appelée la méthode des flux futurs de trésorerie, serait une méthode d'évaluation d'entreprises et de titres de sociétés qui proviendrait de la pratique anglo-saxonne et qui consisterait à calculer, par actualisation, la valeur actuelle nette des flux de trésorerie futurs attendus d'une activité. Dans le cadre d'une transaction, le montant ainsi déterminé correspondrait au prix qu'un acquéreur devrait payer pour un investissement donné, puisque cet investissement lui permettrait de couvrir le coût des capitaux (dette et fonds propres) qu'il engagerait.

La méthode du *Stuttgarter Verfahren* serait une méthode d'évaluation des titres des sociétés non cotées en bourse, basée sur la fortune de ces sociétés, qui aurait été développée en Allemagne et adoptée par l'administration fiscale allemande dès 1955 et consacrant, d'une part, le principe d'une fixation de la valeur estimée de réalisation sur base des deux critères de la fortune nette et des perspectives de rendement et, d'autre part, le principe que la valeur estimée de réalisation est basée sur la valeur d'après l'actif net et d'après le rendement (soit, ses perspectives de profit basées sur les performances des années antérieures).

La société ... serait arrivée à des évaluations se situant dans le même ordre de grandeur, tant par application de la méthode du *Stuttgarter Verfahren* que par la méthode DCF. Ces deux méthodes auraient abouti à une réduction de valeur significative et très éloignée de la valeur comptable. Ainsi, la valeur de la société ... aurait été négative à

hauteur de 8,5 millions euros selon la méthode DCF et d'après la méthode du *Stuttgarter Verfahren*, la valeur de la société ... aurait pu être estimée à une valeur négative d'environ 8,2 millions euros, après la recapitalisation de 22 millions.

Les demanderesses concluent que le groupe ... se serait scrupuleusement attaché à préparer une analyse justifiée et tout à fait conforme aux pratiques du marché pour déterminer la valeur de marché de la société .... Ainsi, le prix de cession fixé à un euro serait suffisamment étayé et il correspondrait à un prix appliqué entre parties tierces.

Elles estiment qu'une évaluation de la société ... à la vraie valeur de ses actifs (et suite â la recapitalisation), aboutirait à une valeur de zéro (et à une valeur négative sur la base de la méthode DCF fondée sur les rendements).

Dès lors, la société ... aurait fait évaluer la société ... conformément aux principes de pleine concurrence applicables en la matière afin notamment de parvenir à céder la société .... Dans la mesure où la société ... aurait été libre de choisir la méthode de valorisation appropriée, une évaluation à l'euro symbolique aurait été tout à fait conforme au principe de pleine concurrence.

A titre subsidiaire et pour autant que de besoin, les demanderesses sollicitent la nomination d'un expert indépendant pour confirmer la véracité de leurs calculs.

Les sociétés demanderesses prennent également position quant aux raisons de la cession de la société ... au sein du groupe et non point à un tiers indépendant. Ainsi, afin de rendre la société ... « *vendable* » la société ... aurait dû procéder à une recapitalisation de la société ... à hauteur de ... euros en date du 31 juillet 2006, afin d'apurer les dettes de sa filiale et de ramener au moins à zéro sa valeur de marché.

Elles affirment que l'actualité regorgerait d'exemples attestant de cessions réalisées au prix symbolique d'un euro. Ce type de transaction serait tout à fait courant et ce, d'autant plus en période de crise. La cession de la société ... pour une valeur symbolique d'un euro serait loin d'être aussi surprenante que le prétendrait l'administration fiscale. Par ailleurs, le fait de recapitaliser une société en vue de sa cession serait une pratique tout à fait courante sur les marchés.

De même, le fait que la société ... aurait été cédée un jour après sa recapitalisation n'attesterait en aucun cas d'une quelconque mauvaise foi de la part du groupe .... Au contraire, il serait tout à fait logique de ne recapitaliser une filiale dans le but de la céder que la veille de la cession puisqu'à cette date là, le montant des pertes à apurer serait parfaitement connu et une telle opération ne pourrait être effectuée autrement.

En revanche, la société ... n'aurait pas pu être vendue sur le marché en raison, notamment, de l'absence de repreneur sur le marché de ce type de sociétés et du climat défavorable à ce genre d'activités. Elle aurait donc dû être cédée à la société ... La raison de cette cession s'expliquerait également par le fait que le groupe ... aurait souhaité à tout prix éviter de devoir fermer la société ..., ce qui aurait impliqué toute une série de

conséquences préjudiciables au groupe, à la fois en terme de réputation mais également en terme de coûts de fermeture et de démantèlement du site de production ainsi que de licenciement de personnel. Le groupe ... aurait souhaité avant tout préserver l'existence de la société ... et restructurer le groupe de manière différente, plutôt que de se résoudre à fermer purement et simplement la société ..., ce qui aurait également engendré des coûts supplémentaires.

En ce qui concerne la fusion entre les sociétés ... et ... les sociétés demanderesses expliquent que cette fusion aurait cependant uniquement été opérée pour des raisons pratiques, puisqu'elle aurait permis de regrouper les activités des deux sociétés de manière à rendre le redressement de la société ... plus aisé. Enfin, cette fusion n'aurait procuré aucun avantage fiscal au groupe ... ou à la société ... dans la mesure où elle aurait été réalisée à valeur comptable; en application de l'article 170 (2) LIR.

Les demandeuresses estiment en guise de conclusion qu'il serait incontestable que la société ... aurait été cédée à la société ... à sa valeur de marché, une valeur tout à fait justifiée et corroborée par des méthodes d'évaluation connues et fiables et tenant compte des circonstances de fait de l'espèce.

Les moyens de la partie étatique

Le délégué du gouvernement conteste que le prix de cession convenu entre la société ... et la société ... pour la vente des parts de la société ... serait conforme au principe de pleine concurrence, c'est-à-dire qu'il correspondrait au prix qui aurait été pratiqué et accepté par des entreprises indépendantes dans des circonstances comparables. Il affirme qu'il ressortirait avec évidence des éléments de la cause que les circonstances de cette vente et le prix de vente retenu auraient été déterminés par les liens particuliers entre les différentes parties.

Le délégué du gouvernement fait encore valoir que la décision directoriale entreprise serait claire en ce sens que la règle inscrite à l'article 27 alinéa 2 LIR, en vertu de laquelle il y a lieu de céder notamment des participations à la valeur estimée de réalisation ne serait contestée à aucun endroit.

Le délégué du gouvernement affirme que ce serait en revanche, la vente à un prix symbolique d'un euro, qui d'après la partie demanderesse refléterait la valeur estimée de réalisation, qui serait contestée dans la présente affaire. Ainsi, après avoir mis en exergue les circonstances de cette vente telles qu'elles ressortent du dossier et après avoir rappelé notamment que la valeur comptable de la participation dans la société ... était de ... euros au 1er janvier 2006 et de ... euros au 31 juillet 2006, le directeur aurait conclu qu'aucun motif apparent permettrait de fonder en l'espèce la vente par la société ... le 1er août 2006 de sa participation pour un montant inférieur à la valeur comptable.

Le délégué du gouvernement estime qu'en l'espèce le principe de la pleine concurrence n'aurait pas été respecté. Ainsi, l'acquisition à un prix symbolique d'un euro par la société ... d'une participation de sa société mère dans le capital d'une société sœur

tirerait son origine de la relation particulière entre actionnaire et société. Dès lors, l'allégation des sociétés demanderesses selon laquelle la vente serait conforme au principe de pleine concurrence et la valeur estimée de réalisation de la participation de la société ... serait égale à un euro, ne serait pas fondée.

A l'appui de son argumentation, le délégué du gouvernement se réfère à l'article 164 (3) LIR, qui consacrerait le principe de pleine concurrence en droit interne selon lequel les avantages qu'un associé, sociétaire ou intéressé reçoit directement ou indirectement d'une société ou association, et dont normalement il n'aurait pas bénéficié s'il n'avait pas eu cette qualité, sont à qualifier de distributions cachées de bénéfices et à comprendre dans le revenu imposable de la société ou de l'association. Cette exigence s'appliquerait notamment aux sociétés intégrées fiscalement conformément à l'article 164bis LIR, ce qui serait d'ailleurs souligné par la circulaire LIR n° 164bis/1 du 27 septembre 2004.

Le délégué du gouvernement fait valoir qu'en cas de transfert d'une participation entre sociétés liées, il y aurait lieu de déterminer si la rémunération convenue est conforme au principe de pleine concurrence, c'est-à-dire si elle correspond au prix qui aurait été pratiqué et accepté par des entreprises indépendantes dans des circonstances comparables. Le délégué du gouvernement ajoute que pour déterminer si des transactions entre entreprises indépendantes sont comparables aux transactions entre entreprises associées, il faudrait procéder notamment à une analyse de comparabilité. Les caractéristiques ou « *facteurs de comparabilité* » qui pourraient être importants pour évaluer la comparabilité incluraient les caractéristiques des biens ou des services transférés, les fonctions assumées par les parties, les clauses contractuelles, les circonstances économiques des parties et les stratégies industrielles ou commerciales qu'elles poursuivent. Par ailleurs, selon le délégué du gouvernement, en vertu du paragraphe 171 AO, tout contribuable devrait pouvoir justifier les données figurant dans ses déclarations d'impôt, y compris les prix de transfert fixés dans le cadre de transactions contrôlées, c'est-à-dire de transactions entre entreprises associées.

En l'espèce, cependant, la société ... aurait cédé la participation dans la société ... à sa filiale ..., à un prix de un euro. Compte tenu notamment des caractéristiques des transactions entre la société ... et la société ... autour de la vente, du défaut de recherche par la société ... d'un tiers acheteur, de l'augmentation de capital de la société ... suivie le jour après celui de la vente de cette participation, il serait incontestable que la société ... n'aurait pas procédé à un transfert de propriété à la société ... dans les conditions notamment de prix selon lesquelles elle l'aurait fait à l'égard d'entreprises tierces indépendantes.

Le délégué du gouvernement fait valoir, que tant sous un aspect matériel, c'est-à-dire en tenant compte du contenu des opérations entourant la cession ainsi que de la cession elle-même, que sous un aspect formel, c'est-à-dire en tenant compte de la formation des relations contractuelles entourant la cession ainsi que de la cession elle-même, il serait clair que les circonstances et conditions de la cession litigieuse, notamment le prix convenu, seraient sans rapport avec des conditions qui auraient

prévalu entre entreprises indépendantes pour une transaction comparable sur le marché libre.

Le délégué du gouvernement explique se limiter à l'énumération de certains éléments relatifs aux circonstances entourant la transaction intervenue ainsi que la cession elle-même, qui seraient, à son avis, édifiants, et qui indiqueraient avec certitude l'existence d'une transaction non conforme au principe de pleine concurrence.

Il précise, ainsi, en premier lieu qu'en date du 8 janvier 2003, avec valeur effective au 1er janvier 2002, la société ... et ... auraient conclu un « *processing agreement* », consistant en un accord entre les sociétés sœurs concernant la vente par la société ... de ses produits à la société .... Ledit accord aurait fixé la rémunération sur base de la méthode « *cost-plus* » ou « coût majoré » consistant à déterminer, pour les biens transférés à un acheteur associé, les coûts supportés par le fournisseur dans le cadre d'une transaction entre entreprises associées, pour ensuite ajouter une marge appropriée à ces coûts, de façon à obtenir un bénéfice approprié compte tenu des fonctions exercées et des conditions du marché.

Le délégué du gouvernement explique que les sociétés demanderesses auraient simplement allégué dans le cadre d'un courrier du 20 mai 2011 adressé à l'administration de Contributions directes, que le prix retenu dans ce *processing agreement* n'aurait pas été approprié et que l'accord initial sur base d'un « *cost-plus* » aurait été conçu dans une « *logique de production à pleine capacité* ». De plus, les demanderesses auraient affirmé avoir été au courant *ab initio* - donc dès 2001 - que le prix fixé ne serait pas adapté. Selon le délégué du gouvernement cette affirmation rendrait les développements des demanderesses incohérents, vu que des tiers indépendants confrontés à la même situation auraient aussitôt tenté de mettre fin à un tel accord.

Le délégué du gouvernement soutient que les coûts liés à l'application des couvertures auraient été subis par la société ... sur base d'une refacturation au coût total majoré de 8%. L'accord de refacturation des coûts subis par la société ... à la société ... n'aurait pas exclu le cas où un manque d'exploitation des capacités de production de la machine d'application des couvertures aurait généré des coûts d'exploitation excessifs. Ceci aurait généré des coûts importants pour la société .... Les capacités de production de la machine d'application des couvertures auraient été sous-exploitées depuis leur lancement en 2001. Le délégué du gouvernement estime encore que les affirmations des demanderesses selon lesquelles la société ... aurait été artificiellement en bénéfice pendant les années 2001 à 2006 ne seraient pas fondées, voire contradictoires. Il ajoute que l'insinuation suivant laquelle des opérations « *artificielles* » correspondraient à des transactions entre parties indépendantes, conformément au principe de pleine concurrence, serait dénuée de fondement.

En second lieu, le délégué du gouvernement fait valoir que, selon les demanderesses, un ajustement du *processing agreement* entre la société ... et la société ... serait devenu subitement indispensable en 2006. A cet égard, il estime qu'au-delà de ce que la prise de position selon laquelle le nouveau prix refléterait la « réalité

économique » et les « relations avec les tiers », ne serait pas établie, les affirmations que le prix révisé aurait été fixé conformément au principe de pleine concurrence, c'est-à-dire selon les conditions qui prévaudraient entre entreprises indépendantes pour des transactions comparables et dans des circonstances comparables, resteraient à l'état de pures allégations. Le délégué du gouvernement estime ainsi qu'à supposer qu'un prix entre des parties tierces aurait été négocié sur base d'une certaine prémisse, dont il aurait été dès le début clair qu'elle ne se réalisera pas, tout gérant même moyennement diligent et consciencieux aurait entrepris en conséquence et dans l'immédiat les démarches nécessaires en vue d'une renégociation d'un tel accord aussitôt que possible, ceci « afin de refléter une réalité économique », et pas seulement après une période de 5 ans.

En troisième lieu, le délégué du gouvernement fait valoir que l'amendement au « *processing agreement* » conclu entre la société ... et la société ... semblerait dater du 2 août 2006, en raison de l'inscription suivante en bas du document afférent: « … *ProcessAgr-Amendment No2 02.08.06* ». Aux yeux du délégué du gouvernement, cet amendement paraît donc avoir été conclu entre la société un jour après la vente de la participation qui aurait eu lieu le 1er août 2006. Le délégué du gouvernement soutient partant qu'il y aurait des incohérences significatives dans les développements des parties demanderesses, puisque l'amendement du « *processing agreement* » semblerait avoir été convenu avec la société ... le 2 août 2006, donc deux jours après la recapitalisation en vue de la prétendue recherche d'une repreneur, et un jour après la vente de la participation entre sociétés liées, motivée par le défaut de trouver un repreneur sur le marché.

Le délégué du gouvernement conclut qu'il serait manifeste que la vente de la participation dans la société ... par la société ... à la société ... du 1er août 2006 n'aurait pas été conclue comme une vente entre entreprises indépendantes, ceci au vu, notamment, de la suite des différentes opérations à intervalle d'un seul jour. Contrairement aux affirmations des demanderesses, il n'aurait pas été envisagé de vendre les parts de la société ... à un tiers indépendant.

En quatrième lieu, le délégué du gouvernement fait valoir qu'à la lecture du contenu de la convention portant modification du *processing agreement* initial, il serait flagrant que les affirmations des demanderesses quant aux circonstances à l'origine de la vente au prix d'un euro et les conclusions qu'elles en tirent seraient sans fondement. Ainsi, la convention en question aurait été conclue avec effet rétroactif au 1er janvier 2006. Or, comment expliquer, dans un contexte de libre marché qu'une société indépendante aurait accepté de signer subitement au cours de l'année 2006 un accord modificatif d'une transaction initiale, ceci avec effet rétroactif, et qui partant de manière rétroactive avec effet au 1er janvier 2006, aurait engendré des frais très importants à sa charge, et qui impliquerait qu'elle devienne déficitaire?

En cinquième lieu, le délégué du gouvernement estime que les explications des demanderesses quant à la recherche d'un repreneur externe pour la société ... seraient incohérentes. Ainsi, les demanderesses auraient affirmé que la maison-mère du groupe ... aurait fait pression sur la société ... de chercher activement un repreneur externe, raison pour laquelle la société ... aurait procédé à la recapitalisation de la société ..., opération

qui serait usuelle sur le marché avant l'aliénation des titres. Selon les demanderesses, cette recapitalisation aurait constitué une opération s'inscrivant dans ses tentatives de « rechercher activement un repreneur externe sur le marché ». Selon le délégué du gouvernement, malgré ces explications, il y aurait lieu de constater que la société ... aurait procédé à la vente à la société ... de sa participation détenue dans le capital de la société ... au prix symbolique d'un euro. Le délégué du gouvernement conclut que la société ... n'aurait pas recherché activement un acheteur externe sur le marché.

En sixième lieu, le délégué du gouvernement pose la question de la finalité pour la société ... d'une fusion avec une société, en l'espèce la société ..., dans la mesure où cette dernière n'aurait envisagé que des perspectives de pertes à l'avenir.

En guise de conclusion, le délégué du gouvernement retient le non respect du principe de libre concurrence, en affirmant que la vente telle que conclue en l'espèce et à un prix d'un euro, convenue entre la société mère ... et la société fille ... en date du 1er août 2006, donc un jour après que la société ... aurait injecté de l'argent afin d'augmenter le capital de la société ... d'un montant de ... euros. Ce procédé ne correspondrait pas à une transaction telle qu'elle aurait été convenue par des entreprises indépendantes sur le marché libre.

Quant à la valeur des parts de la société ... au moment de la vente à la société ..., le délégué du gouvernement fait valoir qu'aucun motif d'une vente de ladite participation à un montant en-dessous de la valeur comptable au 1er janvier 2006 de la participation dans la société ..., figurant au bilan de la société ..., à savoir ... euros ne serait apparent. En effet, les demanderesses estimeraient à tort que la valeur estimée de réalisation de la participation de la société ... devrait être égale à un euro.

A cet égard, le délégué du gouvernement se réfère à l'article 27 (2) LIR et au paragraphe 10(2) BewG définissant la valeur estimée de réalisation et le « *gemeine Wert* », en précisant que, dans le cadre de la détermination de cette valeur, les circonstances personnelles et anormales ne seraient pas à prendre en compte.

Or, selon le délégué du gouvernement, en l'espèce, seuls des liens sociétaires permettraient d'expliquer les circonstances de la cession - à savoir notamment une augmentation de capital substantielle suivie le jour après d'une vente par la société mère à sa filiale, ceci sans avoir recherché un revendeur indépendant sur le marché - et les conditions de la vente de la participation dans la société ..., dont notamment la fixation du prix dérisoire.

A titre subsidiaire, le délégué du gouvernement ajoute que les affirmations des demanderesses quant à l'application de méthodes d'évaluation appropriées ne seraient pas fondées et à rejeter.

Dans ce contexte, il fait d'abord valoir qu'une feuille de calcul par laquelle les demanderesses voudraient établir une valeur de marché négative de la société ... selon la

méthode *discounted cash flow*, ne pourrait pas servir comme base d'évaluation concluante à un acheteur indépendant.

De plus, les méthodes d'évaluation utilisées devraient être établies par des experts indépendants et contenir une documentation détaillée quant à la méthode de calcul. Il se réfère, à cet égard, aux principes directeurs de l'OCDE en matière de documentation.

À titre accessoire, le délégué du gouvernement conteste à la lumière des comptes annuels et des valeurs inscrites au bilan de la société ... et compte tenu des opérations précédant et suivant la vente de la participation, qu'un prix de vente d'un euro aurait pu être accepté dans des circonstances comparables par un vendeur qui aurait cédé la participation à un tiers. Ainsi, les comptes annuels de la société ... feraient ressortir des fonds propres de 34.160.438 euros au 31 décembre 2005 et de ... euros au 31 décembre 2006. Par ailleurs, le bilan de la société ... au 31 décembre 2006, aurait comporté une inscription relative à des immobilisations corporelles à hauteur de ... euros (au 31.12.2005: …euros), ou encore des avoirs en banque et en caisse de … euros (au 31.12.2005: … euros).

Le délégué du gouvernement relève encore que la valeur comptable au 1er janvier 2006 de la participation dans le capital social de la société ... au bilan de la société ... se serait élevée à ... euros. La valeur comptable correspondrait à la valeur nominale et n'aurait pas fait l'objet d'une correction de valeur dans les comptes annuels de la société ....

Par ailleurs, la société ... aurait procédé à une distribution de dividendes d'un montant total de … euros à ses actionnaires, à savoir la société ... en raison de 99, 99% des parts et la société ... en raison de 0,01% des parts sociales, en date du 6 juin 2006 pour la période des années 2000 à 2005.

Le délégué du gouvernement s'interroge encore sur la finalité d'une fusion avec une société, en l'espèce ..., dans la mesure où cette dernière aurait uniquement envisagé des perspectives de pertes à l'avenir. Il ajoute qu'il serait étonnant de constater que la société ... aurait simplement fait abstraction des possibilités de synergies à dégager par la société ... en conséquence de l'acquisition de la société ..., pourtant décrites comme ayant été la raison de l'acquisition de la société ... par la société .... Dans ce contexte, le délégué du gouvernement conteste que les différentes mesures mises en place par le nouveau responsable après l'acquisition de la société ... par la société ... n'auraient pas été connues par la société ... au moment de la valorisation de la cession de la société ....

A l'appui de ses affirmations, le délégué du gouvernement renvoie à la quatrième annexe d'un courrier du 21 février 2011 adressée à l'administration fiscale et se référant à ces mesures concrètes prévues dans le cadre de cette proposition.

Enfin, et à titre complémentaire, le délégué du gouvernement prend position quant à l'application de la méthode du *Stuttgarter Verfahren*. Il explique qu'en ce qui concerne les perspectives de rendement, il y aurait lieu de se baser dans le cadre de cette méthode

sur la moyenne des résultats des trois exercices précédant la date d'évaluation des titres Or, les calculs des demanderesse auraient été faits au 31 décembre 2006 et tiendraient compte des résultats de l'exercice 2004, de l'exercice 2005 ainsi que de l'exercice 2006 qui serait l'année de la cession. Une telle valorisation, incluant l'année de la cession serait dénuée de sens.

Quant au fond

Force est en l'espèce au tribunal de constater que les parties s'accordent en substance pour dire que le principe de la pleine concurrence serait consacré par la législation fiscale nationale, notamment par l'article 164 (3) LIR. Les parties convergent encore pour dire que le prix de vente d'une participation dans une société devrait être évalué conformément au principe de pleine concurrence et que les sociétés intégrées fiscalement au sens de l'article 164bis LIR, seraient soumises au principe de pleine concurrence, en ce sens que les transactions intragroupes devraient être effectuées dans des conditions identiques à celles pratiquées entre entités indépendantes. En revanche, les parties sont en désaccord sur la question de savoir si en l'espèce, le prix de cession des participations dans le capital social de la société ..., vendues par la société ... à la société ..., aurait été fixé conformément au principe de pleine concurrence. Ainsi, tandis que les sociétés demanderesses estiment que le groupe ... aurait correctement appliqué les règles du principe de pleine concurrence pour déterminer la valeur de marché des parts de la société ..., la partie étatique soutient que le prix de cession de un euro ne correspondrait pas à la valeur de marché de la société ... et ne s'expliquerait que par la relation particulière ayant existé entre les sociétés ..., ... et ..., de sorte que la partie étatique refuse de prendre en considération la perte que la société ... entend faire valoir en raison de la cession de ses participations dans la société ... au prix de un euro.

A cet égard, le tribunal rappelle à titre liminaire la teneur de l'article 59 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives selon lequel : « *La preuve des faits déclenchant l'obligation fiscale appartient à l'administration, la preuve des faits libérant de l'obligation fiscale ou réduisant la cote d'impôt appartient au contribuable.* ». Les sociétés demanderesses entendant en l'espèce bénéficier d'une déduction fiscale en raison de la perte issue, selon leurs affirmations, de la cession des parts sociales de la société ..., il leur appartient de rapporter la preuve des faits pouvant donner droit à une telle déduction.

Quant à la fixation du prix de cession de parts sociales non cotées, le paragraphe 13 (2) BewG dispose que : « *Für Aktien, für Kurse und sonstige Anteile an Bergwerksgesellschaften, für Anteile an Gesellschaften mit beschränkter Haftung und für Genussscheine ist, soweit sie im Inland keinen Kurswert haben, der gemeine Wert (§10) maßgebend. Lässt sich der gemeine Wert aus Verkäufen nicht ableiten, so ist er unter Berücksichtigung des Gesamtvermögens und der Ertragsaussichten der Gesellschaft oder Gewerkschaft zu schätzen.* ». Le paragraphe 10 (2) BewG définit la valeur estimée de réalisation (*gemeine Wert*) comme suit: « *Der gemeine Wert wird durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Wirtschaftsguts bei einer Veräußerung zu erzielen wäre. Dabei sind alle Umstände, die*

den Preis beeinflussen, zu berücksichtigen. Ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse sind nicht zu berücksichtigen. ».

Dans le même contexte, l'article 27 (2) LIR précise que : « *Est considéré comme valeur estimée de réalisation, le prix qui s'obtiendrait lors d'une aliénation normale et librement consentie du bien envisagé, compte tenu de toutes les circonstances et conditions se répercutant sur le prix, à l'exception toutefois des circonstances et conditions anormales ou personnelles.* »

Il résulte partant de la combinaison des paragraphes 10 (2) et 13 (2) BewG ainsi que de l'article 27 (2) LIR que la valeur estimée de réalisation d'actions non cotées et pour lesquelles aucune opération récente de vente n'est documentée doit correspondre au prix qui pourrait être obtenu sur le marché en tenant compte de toutes les circonstances de nature à influer sur le prix et plus particulièrement de la fortune totale et des perspectives de rendement de la société[1], étant précisé que lesdites dispositions imposent de faire abstraction des circonstances et conditions anormales ou personnelles. De telles conditions ou circonstances anormales peuvent notamment être constituées par la relation particulièrement étroite entre le cédant et le cessionnaire, issue par exemple de liens familiaux ou encore de relations intragroupe entre sociétés[2].

Ni les dispositions du BewG ni celles de la LIR n'imposent dès lors une méthode selon laquelle il y a lieu d'évaluer la valeur estimée de réalisation des parts sociales d'une société non cotée. En revanche, lesdites dispositions imposent la prise en considération dans le cadre de la méthode d'évaluation de toutes les circonstances de nature à influer sur le prix et, plus particulièrement, de la fortune totale et des perspectives de rendement de la société en insistant sur le fait que les circonstances et conditions anormales ou personnelles ne doivent pas influer sur l'évaluation du prix.

En l'espèce, le fait même d'avoir procédé à l'évaluation de la participation détenue par la société ... dans la société ... par la méthode du *discounted cash flow* ne peut dès lors pas être reproché aux sociétés demanderesses sous la réserve toutefois que dans le cadre de leur évaluation les sociétés demanderesses aient dû respecter les principes posés aux paragraphes 10 (2) et 13 (2) du BewG et à l'article 27 (2) de la LIR en prenant en considération toutes les circonstances de nature à influer sur le prix et, plus particulièrement, de la fortune totale et des perspectives de rendement et en ne prenant pas en compte les circonstances et conditions anormales ou personnelles.

Toutefois, quant au respect des principes d'évaluation posés aux paragraphes 10 (2) et 13 (2) du BewG et à l'article 27 (2) de la LIR, le tribunal est amené à constater que, si les sociétés demanderesses ont fourni au cours de la procédure contentieuse des explications par rapport aux critiques de la partie étatique concernant les circonstances générales ayant précédé la cession des parts de la société ..., notamment quant à la renégociation du contrat *cost-plus* entre les sociétés ... et ... et quant à la raison de la

---

[1] trib. adm. 13 décembre 2006, n° 19410a du rôle, Pas. adm. 2012, V° Impôts, n° 382

[2] Rössler /Troll, Bewertungsgesetz und Vermögensteuergesetz Kommentar, 17. Auflage, 1995, Verlag Vahlen, p. 134, n°11

recapitalisation de la société ... par la société ..., il n'en demeure pas moins que certaines questions demeurent ouvertes relatives à la cession même des parts de la société ... intervenue entre la société ... et ....

En premier lieu, il y a ainsi lieu de relever qu'au vu des explications des demanderesses, il ne peut pas être exclu qu'en l'espèce les circonstances et conditions personnelles et anormales au sens des paragraphes 10 (2) et 13 (2) du BewG et de l'article 27 (2) de la LIR, aient influé sur la fixation du prix de cession des parts de la société ....

En effet, les explications des sociétés demanderesses selon lesquelles la société ... aurait activement recherché un repreneur externe pour les parts détenues dans le capital social de la société ... constituent de simples affirmations, qui ne sont étayées par aucun document soumis au tribunal. Le fait que le lendemain de la recapitalisation de la société ... à hauteur de 22 millions d'euros par la société ..., recapitalisation effectuée selon les explications des demanderesses dans le but précis de trouver un repreneur externe au groupe ..., la société ... ait acheté les parts sociales de la société ... au prix de un euro, laisse pour le moins planer un doute sur les affirmations des demanderesses quant à la recherche active d'un repreneur externe.

Dans le même contexte, les sociétés demaderesses restent en défaut de justifier à suffisance la nécessité absolue alléguée de vendre la société ... et de procéder, en raison du défaut d'un repreneur externe à la vente au sein du même groupe des parts sociales de la société .... Les sociétés demanderesses expliquent la nécessité de cette vente par le fait que chaque filiale du groupe ... serait gérée de manière individuelle par un responsable de production, responsable de son propre bénéfice et du chiffre d'affaires de l'entité qu'il gère. Le dirigeant de la société ... aurait été la seule personne à déceler les possibilités de syner...s entre les sociétés ... et ... et à apercevoir les possibilités de redressement de l'activité de la société .... Les sociétés demanderesses en concluent qu'il se serait logiquement imposé que la société ... vende la société ... à la société ..., sans expliquer pour quelle raison une synergie intragroupe n'aurait pas pu être envisagée.

A cet égard, le tribunal constate que les explictaions des sociétés demanderesses restent vagues et non circonstanciées. En effet, au sein d'un même groupe de sociétés les idées innovatrices d'un dirigeant devraient pouvoir être réalisées sans obligation de procéder à la vente de la société concernée à celle dirigée par le gérant innovateur. Par ailleurs, les affirmations des sociétés demanderesses n'étayent pas à suffisance la raison pour laquelle le groupe ... a accepté de procéder à la cession intragroupe de la société ..., et d'augmenter de la sorte encore davantage, du moins en ce qui concerne l'année 2006, la perte qui aurait de toute façon été réalisée par la société ..., selon les explications des sociétés demanderesses.

Au vu des considérations qui précèdent, force est tribunal de constater que les sociétés demanderesses restent en défaut d'établir que le prix de cession des parts de la société ... aurait été fixé en faisant abstraction des circonstances et conditions anormales ou personnelles, consitant en l'espèce en la relation particulière entre toutes les sociétés

intervenant dans le cadre de la cession, à savoir la société ..., la société ... et la société ..., au vu du fait qu'elles font partie d'un même groupe de sociétés et qu'elles sont, de surplus, soumises au régime de l'intégration fiscale au sens de l'article 164bis LIR. En effet, les explications vagues des sociétés demanderesses quant à la recherche d'un repreneur externe au groupe ... pour la société ... et celles relatives à la nécessité de procéder à la cession intragroupe de la société ... ne permettent pas d'exclure que des considérations liées à la politique du groupe aient influé sur la détermination du prix de cession.

En second lieu, force est au tribunal de constater qu'il ne ressort pas des éléments lui soumis qu'en l'espèce, la valeur estimée de réalisation de la société ... ait été déterminée selon les principes imposées par les paragraphes 10 (2) et 13 (2) du BewG et à l'article 27 (2) de la LIR et, plus particulièrement, en considération des perspectives de rendement de la société ....

Ainsi, il ressort des explications des sociétés demanderesses elles-mêmes que les mesures initiées par le responsable de la société ... quant au redressement de l'activité de la société ... et au développement des synergies entre la société ... et la société ... n'auraient prétendûment pas été connues par la société ..., de sorte qu'elles n'auraient pas été prises en compte dans le cadre de l'évaluation du prix de cession des actions de la société .... Dès lors, les perspectives de rendement de la société ... n'ont pas été prises en compte lors de la détermination de la valeur estimée de réalisation de ladite société, alors qu'elles auraient pu l'être en raison des relations personnelles entre le cédant et le cessionnaire.

A cela s'ajoute que la renégociation rétroactive du contrat dit « *processing agreement* » en défaveur de la société ... a artificiellement impliqué des répercussions négatives sur la situation financière et le rendement de cette dernière influant nécessairement sur l'évaluation des parts à céder.

Force est partant de conclure que la valeur estimée de réalisation des parts de la société ... n'a pas été fixée sur base de tous les critères prévus aux paragraphes 10 (2) et 13 (2) du BewG et à l'article 27 (2) de la LIR, à savoir la fortune totale et les perspectives de rendement de la société, alors même que ces dispositions imposent en principe leur prise en considération cumulative[3].

Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de constater que le prix de cession des actions de la société ... n'a pas été déterminé conformément aux paragraphes 10 (2) et 13 (2) du BewG et à l'article 27 (2) de la LIR. Les demanderesses n'ayant partant pas rapporté la preuve d'une perte d'un montant de ... euros, issue de la cession des parts sociales de la société ..., le directeur a valablement pu leur refuser la déduction fiscale sollicitée.

Au vu de l'issue du litige, il y a lieu de rejeter la demande en allocation d'une indemnité de procédure d'un montant de 1.500 euros sollicitée par les demanderesses.

---

[3] trib. adm. 13 décembre 2006, n° 19410a du rôle, Pas. adm. 2012, V° Impôts, n° 382

Par ces motifs,

le tribunal administratif, deuxième chambre, statuant à l'égard de toutes les parties ;

reçoit le recours en réformation en la forme ;

au fond, le déclare non justifié, partant en déboute ;

rejette la demande en allocation d'une indemnité de procédure d'un montant de 1.500 euros formulée par les demanderesses ;

condamne les demanderesses aux frais.

Ainsi jugé par :

Françoise Eberhard, vice président,
Anne Gosset, premier juge,
Olivier Poos, attaché de justice,

et lu à l'audience publique du 13 janvier 2014 par le vice-président, en présence du greffier en chef Arny Schmit.

s. Arny Schmit   s. Françoise Eberhard